

Derecho a la educación. Libertad de culto. Federalismo CSJN. “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/Dirección General de Escuelas s/acción de amparo”, 23 de agosto de 2022

Por Belén E. Donzelli¹

1. Introducción

El presente trabajo se realiza en virtud de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que retoma un tema álgido y lo aborda separándose de un precedente anterior, puntualmente del caso “Castillo”.²

El tema en debate tiene que ver con el contenido de los derechos constitucionales a la libertad de cultos, de religión, el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y la conculcación del principio de no discriminación en el ámbito educativo.

2. Contexto del caso

El caso en comentario fue iniciado por la Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) –filial San Rafael–, que promovió una acción de amparo colectivo contra la Dirección

¹ Abogada y profesora en Ciencias Jurídicas (UCA). Diplomada en Control y Gestión de Políticas Públicas (FLACSO). Especialista en Derecho Constitucional (UBA). Cursó estudios de posgrado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Estados Unidos e Italia. Docente (UBA, UNPAZ y UCA). Actualmente es secretaria letrada en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

² CSJN. Fallos 340:1795.

General de Escuelas de la Provincia de Mendoza a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución N° 2616-DGE-2012, por la que se disponía la realización de actividades en las escuelas de la provincia los días 25 de julio y 8 de septiembre, en conmemoración del “Patrono Santiago” y de la “Virgen del Carmen de Cuyo”, respectivamente.

La actora, sustenta la referida invalidez en la vulneración de los derechos constitucionales a la libertad de cultos, la objeción de conciencia y la igualdad en perjuicio de los distintos actores de la comunidad educativa que, por no profesar el credo católico o alguno, pudieran sentirse agraviados.

En la primera instancia³ se hizo lugar al amparo y se ordenó, consecuentemente, a la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza, que adopte las medidas necesarias para que en las escuelas de gestión pública de dicha provincia no se lleven a cabo las conmemoraciones en cuestión. Sin embargo, el tribunal de Alzada⁴ revocó dicha decisión y rechazó la acción. Contra este pronunciamiento, la actora dedujo los recursos de casación y de inconstitucionalidad previstos en el ordenamiento procesal local, los cuales fueron rechazados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza.

Para tomar esa decisión, la Corte Suprema Provincial consideró que “las conmemoraciones atacadas no son actos de culto o adoctrinamiento, sino evocadores de tradiciones mendocinas, cuya conmemoración persigue afianzar la identidad y pertenencia a la comunidad provincial”.⁵

A su vez, señaló que

la pretendida erradicación del ámbito público escolar de las tradiciones mendocinas [...] constituiría un acto de reduccionismo y de represión de las manifestaciones populares y de los sentimientos del hombre mendocino que exceden su concreta religiosidad personal misma, porque forman parte de su patrimonio histórico y de su tradición.⁶

En tal línea, concluyó que

rechazar el amparo, no implica desconocer la laicidad que debe ostentarse en las aulas escolares, sino reconocer que una educación que tienda al desarrollo integral del niño y adolescente puede evocar figuras religiosas que tuvieron influencia en los acontecimientos históricos provinciales, sin incurrir en adoctrinamiento.⁷

3 24º Juzgado Civil, Comercial y de Minas de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, sentencia de 4 de septiembre de 2013.

4 Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Provincia de Mendoza, sentencia de 29 de noviembre de 2013.

5 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sentencia de 18 de septiembre de 2015, punto II.3.b, párr. 16 del voto del Dr. Alejandro Pérez Hualde.

6 *Idem*, nota 5, párr. 18.

7 *Idem*, nota 5, párr. 21.

El caso llegó a la CSJN, a través de un recurso de queja, que fue admitido fundado en el artículo 14, inciso 2° de la Ley N° 48. La sentencia del máximo tribunal se compone, a la par del voto de mayoría, por los votos concurrentes de los jueces Rosatti y Lorenzetti.

3. El voto de la mayoría

El voto central estructura su argumentación sobre la base de tres planteos a resolver: (a) determinar si las conmemoraciones y actividades en cuestión constituyen actos de culto de la fe católica o implican de algún modo adoctrinamiento en esa religión; (b) en su caso, si la provincia tiene la facultad de organizar su calendario escolar, y (c) si se lesiona algún derecho constitucional.

En referencia al primer punto, la CSJN descarta el carácter religioso de las conmemoraciones en cuestión. Para llegar a dicha solución, identifica que

ciertas figuras que se identifican con un determinado credo tienen muchas veces, además de su uso y significado religioso, un uso y sentido secular, en general, histórico y cultural. Desde esta perspectiva, la utilización por parte de los miembros de una comunidad de un símbolo en su origen religioso con un sentido secular no implica en modo alguno la aceptación por parte de ellos de su significado religioso. De esta manera, se produce una suerte de transformación de la significación del signo, un vaciamiento de su estricto contenido religioso, que permite garantizar la vigencia del principio de neutralidad estatal sin que resulte necesaria su exclusión del ámbito público⁸ (el destacado me pertenece).

Dicho ello, rememora que el 25 de julio se celebra el día del Patrono Santiago, no por su rol bíblico, sino como símbolo cívico. En este punto, acude a fuentes históricas que indican la pertenencia del festejo para la comunidad mendocina como parte de su historia provincial.

Por su parte, el 8 de septiembre se celebra el Día de la Virgen de Cuyo, dado que se conmemora que haya sido nombrada “Patrona y Generala del Ejército de Los Andes” por José de San Martín, quien a su vez le entregó en advocación su bastón de mando y una carta de reconocimiento y agradecimiento por su protección durante la gesta libertadora.

A mayor abundamiento, agrega que la normativa de la Dirección General de Escuelas de la Provincia de Mendoza

en forma expresa ordena que las conmemoraciones de los días del Patrono Santiago y de la Virgen del Carmen de Cuyo deberán tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de

8 Fallos 345:730, considerando 5°.

tradición de esas fechas, y prevén que si, por su concepción religiosa o filosófica personal, un alumno o miembro del personal escolar prefiere abstenerse de participar, se le deberá eximir de estar presente.⁹

Resuelto el primer interrogante, la CSJN se abocó a la segunda cuestión y afirmó que

nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea las “bases de la educación”, las que deben respetar las particularidades provinciales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la educación primaria de acuerdo al artículo 5° de la Ley Fundamental.¹⁰

Agregó que dentro de esas bases está consagrado el carácter neutro, gratuito y laico. Finalmente, entendió que

descartado entonces el carácter religioso de las conmemoraciones en cuestión, cabe destacar que, desde esta perspectiva, el calendario escolar responde a las claras directivas que emanan de la Constitución de la Provincia de Mendoza [...] que reafirma el principio de laicidad de la educación pública en el ámbito provincial, las cuales, a su vez, guardan conformidad con las cláusulas de la Constitución Nacional referentes a la educación y al principio de neutralidad religiosa.¹¹

Por último, consideró que tampoco obraban pruebas que justifiquen la alegada violación a la libertad religiosa y de conciencia de los alumnos, de las alumnas y de los miembros del personal educativo que no profesan la fe católica o ninguna otra, así como una afectación a sus derechos a la igualdad y a la no discriminación.

Resta agregar que, a modo de *obiter dicta*, el Tribunal justificó el apartamiento de lo resuelto en caso Castillo,¹² bajo el entendimiento de que

en dicho fallo consideró el contexto social en el que se aplicaba la disposición, las políticas públicas y las prácticas que de ella se derivaban, y de qué modo impactaba en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacía. Allí se estableció que en los supuestos en los cuales exista una norma neutral resulta necesario que de las constancias de la causa surja *prima facie* que dicha norma causa una discriminación sistémica que genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.¹³

9 *Idem*, nota 8, considerando 6°.

10 *Idem*, nota 8, considerando 7°.

11 *Idem*, nota 10.

12 *Fallos* 340:1795.

13 *Idem*, nota 8, considerando 10.

4. Voto del juez Rosatti

En primer lugar, analizó lo referido a la interacción de los artículos 5, 14, 75, incisos 17 y 19 y 121 de la Constitución Nacional, de los que se extrae la competencia educativa de la provincia para disponer su calendario escolar. En particular, recuerda el magistrado que

siendo el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada.¹⁴

En segundo lugar, aborda el contenido del derecho a la libertad de cultos, que refleja, a su entender, no solo la libertad de creencia sino también de práctica, incluyendo la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia. El análisis refleja además la interacción de la noción de neutralidad religiosa con este derecho y la consecuente obligación estatal de protegerlo y asegurarlo.

Luego, el magistrado se pregunta: “¿pueden las celebraciones de mención ‘tener características que pongan énfasis en los aspectos culturales y de tradición’, como sostienen las autoridades locales, o están inexorable e irremediamente ligadas a convicciones religiosas y –más aún– propias de una sola religión?”.

La posibilidad de darse el primero de los supuestos referidos en el interrogante da lugar a la necesidad de escrutar las normas en función de la percepción del federalismo argentino. Llega a la conclusión de la ausencia de elementos que justifiquen la alegada violación a los derechos de libertad de cultos y objeción de conciencia. Para decidirlo, arguye que

el federalismo argentino se estructura desde las provincias hacia el Estado federal y no al revés. Dicho de otro modo: el Estado nacional es una creación de las provincias originarias (luego fortalecido por las provincias sobrevinientes a la Constitución de 1853/60),¹⁵

14 *Idem*, nota 8, considerando 7º del voto del juez Rosatti. Puntualmente, con cita de Bidart Campos, agrega que “esta Corte ha sostenido que, cuando el deslinde riguroso entre las competencias federales y provinciales ofrece duda ‘debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes’ lo cual ‘implica asumir una conducta federal leal, que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal in totum’” [Bidart Campos, G. (2007). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ed. Ediar, Tomo I A, p. 695. Fallos 340:1695, considerando 6º].

15 *Idem*, nota 14, considerando 13.

a lo que añade que

las particularidades que rodean a las celebraciones cuestionadas impiden considerarlas como una forma de adoctrinamiento o imposición –a los alumnos y/o personal docente y no docente– de una determinada religión o que se traduzcan en una clara afectación del principio de no discriminación.¹⁶

Aunado al punto tratado, el magistrado acude a la ya devenida en clásica argumentación referida al margen de apreciación local.¹⁷

5. Voto del juez Lorenzetti

El juez destaca la trascendencia institucional del caso, que estaría dada por la proyección que la decisión de la Corte tendría sobre otros casos en los cuales las provincias o la nación han adoptado decisiones similares. Argumenta la necesidad de ponderar en el caso:

- El *principio de no discriminación*, que implica reconocer que vivimos en una sociedad diversa. La función del derecho es lograr el consenso que surge de su interacción.

- El derecho a la *identidad dinámica individual y colectiva*, considerando que a medida en que avanza la globalización se refuerzan las identidades culturales locales como una búsqueda de sentido y seguridad.

La ponderación de ambos principios permite admitir –parafraseándolo– el ejercicio del derecho a la identidad cultural individual o colectiva, en tanto no tenga una consecuencia discriminatoria. En torno a las festividades que serían conmemoradas en la provincia, refiere en general que “la identidad cultural se construye alrededor de bienes que son desprovistos de su contenido derivado del contexto en que fueron creados”¹⁸ y, en particular, que el “Día del Patrono Santiago”, como muchos otros sucesos similares, ha sido transformado por la historia y se ha constituido en elemento definitorio de la identidad cultural de la provincia de Mendoza.

¹⁶ *Idem*, nota 14, considerando 15.

¹⁷ Sostiene que “Se trata, a juicio de esta Corte, de un claro e inequívoco ejercicio del “margen de apreciación local” (en este caso provincial) en materia educativa, que debe ser respetado en tanto sea ejercido en el marco dispositivo de las normas que lo reglamentan, para evitar toda forma de discriminación”. Apunta que “no incumbe a esta Corte oficiar de preceptor de las costumbres y tradiciones locales cuando ellas no contravienen un derecho humano fundamental” y que “la manifestación cultural local cuestionada no es un ejemplo de homogeneidad unificadora sino de singularidad, desde que responde a la idiosincrasia mendocina pero no se repite en otras provincias. Y es que el respeto al federalismo conlleva necesariamente al respeto a la pluralidad cultural, así como su negación conduce a una uniformidad que, para concretarse, reclama la negación del pasado histórico de los pueblos”. *Idem*, nota 14, considerando 18.

¹⁸ *Idem*, nota 8, considerando 5º del voto del juez Lorenzetti.

Entonces una interpretación de “neutralidad estricta” llevaría a eliminar cualquier referencia religiosa en todo tipo de símbolos, días festivos y su impacto en la educación. En este supuesto habría que “considerar el efecto que tendría sobre numerosas leyes provinciales que podrían resultar equiparadas”.¹⁹

En este estadio, advierte que

La verdadera misión que tiene el Tribunal en casos de relevancia institucional no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que busque la paz social, fijando una jurisprudencia estable como un modo normal de la convivencia humana, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla.²⁰

Concluye que “[l]as celebraciones tienen un fin cultural, la posibilidad de que posean carácter discriminatorio es eventual y no hay evidencia, no se persigue el adoctrinamiento religioso [...] afirmar la identidad cultural colectiva no lesiona el principio de neutralidad religiosa del Estado”.²¹

Por último, el juez acude a la noción del margen de apreciación local

que las provincias se han reservado con la finalidad de mantener la diversidad cultural local, que enriquece al régimen federal [...] La riqueza cultural y económica de cada región, provincia o ciudad se potencia en la medida en que pueden funcionar de acuerdo con proyectos que reflejen sus identidades.²²

6. Alcance del derecho. Control de convencionalidad

En el presente caso se pone en juego el contenido de los derechos constitucionales de libertad de cultos y la objeción de conciencia, así como la garantía de no discriminación. Se observa que, más allá de la referencia puntual a los artículos constitucionales que los incluyen, el voto de mayoría y los concurrentes acuden a los textos de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, así como a las interpretaciones efectuadas por los órganos competentes para el control de esos instrumentos.

Concretamente, el ejercicio del control de convencionalidad implica para un juez/a, utilizar la fuente internacional para resolver conflictos que se dan en el marco interno. Desde la reforma parcial de nuestra Constitución en 1994, nuestros/as magistrados/as asumen la manda de ejercer no solo el control de constitucionalidad, sino además el control de convencionalidad; por tanto, se les encomienda la búsqueda de un equilibrio normativo en pos de la operatividad de los derechos fundamentales.

19 *Idem*, nota 18.

20 *Idem*, nota 18.

21 *Idem*, nota 18, considerando 10.

22 *Idem*, nota 18, considerando 15.

La CSJN tiene una profusa historia en torno al ejercicio del control de convencionalidad, que quedó plasmada a lo largo de todo un entramado jurisprudencial que comienza²³ en forma explícita en el trascendente fallo “Giroldi”,²⁴ en el que el Tribunal refiere que

la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.²⁵

En la misma línea directriz se expidió en “Bramajo”,²⁶ extendiéndose la doctrina de “Giroldi” a los informes de la Comisión. No puedo dejar de referir al caso “Simón”,²⁷ en el cual la CSJN sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH y las directivas de la Comisión constituyen una *imprescindible pauta de interpretación* de los deberes y obligaciones derivados de la CADH.²⁸

Así llegamos al fallo “Mazzeo”.²⁹ Allí, el máximo tribunal hizo propias las conclusiones de la Corte IDH en “Almonacid Arellano vs. Chile”³⁰ receptando de ese modo el concepto de “control de convencionalidad”.

Esta expresión tan en boga fue acuñada por la misma Corte IDH, al afirmar que

el Poder Judicial [de un Estado que ha ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos] debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³¹

23 En la apertura al derecho interamericano resulta ineludible mencionar, en primer término, el caso “Ekmekdjian c. Sofovich”, ya que implicó la acogida de nuestro derecho a la jurisprudencia interamericana, al utilizar en un caso el derecho de rectificación o respuesta –“derecho a réplica”–, previsto en el artículo 14 de la CADH, aunque aquel no estaba reglado en la legislación interna argentina. Esta posición de nuestra CSJN da cuenta de la ejecución de un verdadero control de convencionalidad, en el sentido de reconocer propiamente un derecho humano que no tenía acogida explícita en nuestro ordenamiento interno.

24 Fallos 318:514.

25 *Idem*, nota 24, considerando 11.

26 Fallos 319:1840.

27 Fallos 328:2056.

28 *Idem*, nota 27, considerando 24.

29 Fallos 330:3248.

30 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 Serie C No. 154.

31 *Idem*, nota 30, párr. 124. En los años venideros, la propia Corte IDH agregó que esos jueces: “como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, N° 209, párr. 338).

Los casos posteriores de la CSJN muestran una tendencia marcada a lo largo de más de dos décadas en la que los distintos precedentes receptaron favorablemente los estándares fijados por ambos órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Es decir, ha existido una clara tendencia a tomar como válidos y extrapolar puertas adentro de nuestro sistema jurídico los criterios adoptados por la Corte IDH, incluso en su función consultiva.³²

La selección de fallos efectuada como muestra de esta tendencia de la CSJN es simplemente eso, una muestra. Existen otros fallos, incluso determinados momentos en donde la tendencia de la CSJN mostró cierto repliegue a la apertura que otrora la determinase. Sin embargo, aun cuando en casos posteriores³³ se abrió cierto campo de duda, considero que aquellos no hicieron mella en la posición de nuestro máximo tribunal de tomar como referencia no solo la jurisprudencia de la Corte IDH, también sus Opiniones Consultivas, incluso las Observaciones Generales de los Comités de Naciones Unidas³⁴ como pauta para resolver los conflictos.

7. Deslinde de competencias: nación y provincias. Federalismo de concertación

El voto de la mayoría plantea este tópico al tratar la pregunta referida a si la provincia tiene la facultad de organizar su calendario escolar. En algún punto el abordaje de la respuesta es tangencial, ya que al considerar previamente que no había violación a los derechos fundamentales en juego, el calendario de la provincia resultaba acorde con la manda de laicidad que deriva del mandato constitucional. Es el juez Rosatti quien aborda este punto en línea con su criterio reflejado en antecedentes de la propia Corte.

Preliminarmente hay que decir que la noción del margen de apreciación ha sido definida dentro del Derecho Internacional Público, como el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. La doctrina del margen de apreciación no está incluida de forma expresa entre los preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni tampoco fue mencionada ni debatida en los trabajos preparatorios.

Ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que ha desarrollado la idea con perfiles propios. Su amplia difusión no quita las controversias que se han generado al respecto. En efecto:

Un aparente obstáculo para admitir una revisión jurisdiccional plena, externa e internacional, de las decisiones de los Estados que han suscrito el Convenio Europeo de Derechos Humanos radicaría en un cierto entendimiento de la soberanía que podemos llamar absoluto; un rasgo formal que prácticamente nunca se ha plasmado en la realidad ni en la teoría y que, en la actualidad, no puede mantenerse jurídicamente dado los principios prescritos en la Carta de Naciones Unidas. La idea de soberanía “nacional” (en

³² Fallos 336:1024.

³³ Fallos 368:1998.

³⁴ Fallos 335: 452.

el sentido de “estatal”) en todo caso subyace bajo el denominado “margen de apreciación nacional”. Y, según se pretende por algunos Gobiernos demandados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), esa comprensión absoluta de la misma permitiría eludir el control europeo en ciertos casos.³⁵

Parecería que la doctrina ha surgido a la merced de un proceso de integración europeo en el que fue necesario limitar justamente las atribuciones conferidas a los Estados. Lo cierto es que para no violentar la propia soberanía de estos Estados y tomando en consideración que los países que integran el Sistema Europeo de Derechos Humanos poseen muy diferentes culturas, costumbres y tradiciones, fue necesario que el Tribunal Europeo marcara sendas amplias por las que deberían andar los tribunales internos.³⁶ En efecto,

la idea básica es que los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio Europeo y en la ponderación de intereses complejos. No obstante, si en el uso de esa discrecionalidad que el margen permite, el Estado se sobrepasa y se produce un exceso, un *ultra vires*, aunque parezca en sí mismo legítimo, la lógica del respeto al principio de proporcionalidad aboca a una supervisión europea.³⁷

El margen de apreciación, lejos de conformar una doctrina sobre la cual se sustentarían incumplimientos a los mandatos del Tribunal, intenta ser la puerta de ingreso o la invitación al cumplimiento de las referidas decisiones. La doctrina sostiene que el “margen de apreciación” juega un papel esencial e inevitable, aunque ello no significa que se configure como un “cheque en blanco” para que los Estados hagan lo que quieran con los derechos de sus justiciables.³⁸

Considero que la aparición de la doctrina en el ámbito de la integración europea tiene como cometido principal dejar bajo responsabilidad de los tribunales nacionales el detalle sobre el modo de reparación o cumplimiento de una decisión de los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. Ello, bajo el entendimiento de que, por la cercanía con los justiciables, los tribunales locales se encuentran en una mejor posición a la hora de determinar la respuesta adecuada.

35 García Roca, J. (2005). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. En *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 118.

36 Sagües señala que “[l]a legitimación de tal teoría parte de la afirmación de que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellos hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional” [Sagües, N. P. (2006). *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Lexis Nexis, p. 222].

37 *Idem*, nota 35, p. 122.

38 Mahorney, P. (1998). Marvellous richness diversity or individual cultural relativism. *Human Rights Law Journal*, 19(1), 6.

En el ámbito de nuestra Corte, el concepto fue acuñado por Rosatti al fallar en “Castillo”.³⁹ Luego también es reutilizado por Rosatti y Maqueda en “Shi, Jinchui”.⁴⁰ La traspolación tiene su razón de ser en el sistema federal en que se organiza nuestra nación.

El federalismo importa una forma de Estado en el que reconociéndose la soberanía de “gobiernos pre-existentes”, estos, voluntaria y convenientemente, deciden ceder parte de sus propias prerrogativas, competencias y libertades, legarlas a un “gobierno nacional” a fin de optimizar su propia organización. A tenor de ello es que la forma federal intentará respetar aquellos componentes diversos que deciden unirse.

En palabras de Sola, “el federalismo describe el arreglo bajo el cual un grupo de estados igualmente soberanos se combinan para formar una unión, en la cual ellos ceden alguna soberanía a un gobierno central, pero retienen alguna soberanía también”.⁴¹

Esta cesión de competencias, en el caso argentino, ha operado de modo tal que las provincias han conservado todos los poderes no delegados -en forma explícita- al gobierno nacional (así surgía en el artículo 1º del Proyecto de Constitución incluido por Alberdi en sus “Bases”⁴²). Es que un mínimo de competencias federales es irremediamente necesario en una auténtica organización federal.⁴³

Actualmente, la reforma parcial de la Constitución de 1994 incorporó al escenario nacional el espacio internacional –tal como hemos visto– a partir de la jerarquización de ciertos instrumentos de derechos humanos. Sin duda que esta inclusión importa un nuevo paradigma, pues la distribución de competencias entre la nación y las provincias y, entre estas últimas y los municipios, tendrá un impacto en la garantía y satisfacción de los derechos fundamentales.

Genéricamente, entonces, es plausible afirmar que la elección de la forma federal de gobierno fue sostenida, e incluso profundizada, en la reforma de 1994. Sin embargo, pese a este grandilocuente objetivo, la implementación de instituciones y medidas en este sentido no se ha hecho cargo de un aspecto fundamental, como la satisfacción de los derechos fundamentales.

En efecto, considero que la gran deuda que existe al día de hoy es esta mora legislativa y la ausencia de reglas claras sobre la distribución de competencias. Esta situación tiene un alto impacto en las obligaciones internacionales que el país adoptó desde 1994, en torno a la garantía de los derechos humanos en el territorio nacional.⁴⁴

39 Fallos 340:1795.

40 Fallos 344:1151.

41 Sola, J. V. (2010). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley, p. 293.

42 Alberdi, J. B. (2017). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación.

43 Ahora bien, la historia constitucional de nuestro país revela que la forma federal de Estado no ha tenido el mismo sentido o espíritu en las distintas Constituciones Nacionales. De allí que cada una de ellas ha tenido un propósito distinto y, por ende, un impacto distinto sobre la realidad histórica y cultural de nuestro país. Ello aun cuando los diversos autores han señalado características generales y coincidentes respecto de su definición.

44 Un dato no menor en este relato es el de tener en miras que el artículo 28 de la CADH estipula: “1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial”. La importancia de esto radica en que el Estado nacional no podrá eximirse de su responsabilidad cuando el incumplidor de un derecho humano reconocido sea una provincia.

El derecho a la educación, de acuerdo con el diagrama constitucional, es un derecho para cuya garantía se prevé una coordinación de esfuerzos entre la órbita nacional y las provinciales. Tradicionalmente, una parte de la doctrina constitucional ha considerado que la educación era de competencia del Gobierno provincial.⁴⁵ Desde otro lugar, varios constitucionalistas lo consideraron dentro de las competencias concurrentes.⁴⁶

La consideración de la concurrencia de responsabilidades no conlleva afirmar que el Gobierno nacional y los Gobiernos locales tengan las mismas atribuciones. Por el contrario, cada uno debe ejercer sus facultades al momento de diseñar e implementar políticas educativas.

Por su parte, las cláusulas constitucionales que son identificadas en los tres votos que componen la decisión deben ser leídas en clave de la Ley de Educación Nacional N° 26206, que establece, entre diversas cuestiones, que el “Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de manera concertada y concurrente, son los responsables de la planificación, organización, supervisión y financiación del Sistema Educativo Nacional” y que “garantizan el acceso a la educación en todos los niveles y modalidades, mediante la creación y administración de los establecimientos educativos de gestión estatal”.

8. Palabras finales: el valor del precedente en el caso Castillo

Vemos que en el caso que comentamos la CSJN se aparta del precedente “Castillo” resuelto en el año 2017, un interesantísimo caso, relevante para varios ámbitos de estudio del derecho constitucional.

En ese caso, la CSJN en su voto de mayoría, y más pormenorizadamente el juez Rosatti, abordan la cuestión de la competencia provincial para determinar el contenido de la currícula escolar y entienden que la forma en que se aplicaba la normativa local daba lugar a un contexto de discriminación que perjudicaba puntualmente a quienes asistían a las escuelas públicas (y a sus respectivas familias) que eran compelidos a recibir enseñanza religiosa o, en el peor de los casos, a perder horas de clase sin actividad compensatoria alguna.

Ello puesto que se sobreentiende que el Estado nacional se erige como el garante último de los derechos fundamentales y el encargado de velar porque los regímenes provinciales garanticen los derechos.

45 En esa línea, la posición de Frías, quién sostiene que “[l]os poderes conservados por las provincias, los concurrentes y los concertados interjurisdiccionalmente serán la materia del derecho constitucional provincial en lo económico-social. Si el derecho de familia, la propiedad, el contrato de trabajo no son de su competencia, lo son la educación, la salud, el ambiente, el desarrollo, la seguridad social, y tantos otros en medida no desdeñable”. Frías, P. J. (1985). Cláusulas económicas-sociales en el Derecho público provincial. En P. J. Frías y otros, *Derecho público provincial*. Buenos Aires: Depalma, p. 180.

46 Como señala Estrada, al valorar que “los intereses sociales envueltos en la instrucción pública son tales, y de tal magnitud, que deben excitar el esfuerzo común y solidario condensado en todos los grados jerárquicos de gobierno, el municipio, la provincia y la nación”. Estrada, J. M. (1927). *Curso de Derecho Constitucional, Científica y Literaria Argentina*. En J. M. Estrada, *Obras Completas*, Tomo III (pp. 23-24). Buenos Aires: Librería del Colegio.

El *quid* de la cuestión que permite diferenciar un caso y otro está dado por el respeto que, en los hechos, se advierte del principio de laicidad que ordena la Constitución Nacional en torno a la educación de gestión pública y su corolario en la garantía de la igualdad y no discriminación.

En el caso bajo análisis, la incorporación de las festividades, aunque tuvieran un origen relacionado con la religión, resultaban abordados desde su impacto en la historia y la memoria colectiva mendocina. En paralelo se diagrama la posibilidad de ejercer el derecho de objeción de conciencia, sin advertirse en este punto una afectación de la privacidad de las personas involucradas.

No se trata entonces de desconocer el precedente del caso “Castillo”, sino de retomarlo bajo una coincidente posición de los magistrados de la CSJN de su inaplicación en el caso concreto.